

5. PARECERES

5.3

MANDADO DE SEGURANÇA.

Assistência e *amicus curiae*

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Tivemos oportunidade, recentemente, de examinar o tema do *cabimento da assistência* em ação de mandado de segurança, no caso de um *writ* impetrado por empresa de distribuição de produtos petrolíferos contra (provável) ato do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, eis que estaria a impetrante ameaçada de sofrer sanções ao pretender isentar-se do PIS e do Cofins relativos a produtos adquiridos da Petrobras.

A matéria comporta uma série de considerações.

1. A assistência, como consabido, embora o Código de Processo Civil a tenha inserido como Seção do Capítulo “Do Litisconsórcio e da Assistência”, e não no Capítulo “Da Intervenção de Terceiros”, constitui modalidade típica de *intervenção*, sem embargo das peculiaridades inerentes à assistência litisconsorcial.

Sérgio Bermudes, observa que os conflitos sociais não se exaurem no contraditório entre o titular da pretensão e o titular da resistência, porquanto acabam, “de algum modo, enredando terceiras pessoas que, não sendo os contendores, são atingidas pela lide. Por isso mesmo, a prestação jurisdicional, muitas vezes, extravasa do universo dos vínculos exclusivos entre o autor e o réu e apanha outras pessoas” (*Introdução ao processo civil*, Forense, 1995, p. 80).

2. Como mencionarmos em sede doutrinária, pela intervenção o terceiro torna-se *parte*, ou *coadjuvante da parte*, partindo-se do pressuposto de que o terceiro seja *juridicamente interessado* no processo pendente (*Intervenção de terceiros*, 14. ed., Saraiva, 2003, n. 23.3), embora seja mister advertir que, recentemente, legislação extravagante facultou atípica intervenção de entidades de direito público mesmo na ausência de tal requisito, ou ainda como *amicus curiae* (op. cit., ns. 71-A, 71-B et passim).

Não é pois, em princípio, qualquer interesse, como v.g. o afetivo ou o exclusivamente econômico, que normalmente autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim o *interesse jurídico*; ou seja, é necessário que a sentença a ser proferida na causa entre “A” e “B” possa *refletir-se* em alguma relação jurídica entre o autor “A” e o terceiro “C”, ou entre o réu “B” e o terceiro “C”, quer favorecendo a posição jurídica do terceiro, quer prejudicando-o juridicamente (op. cit., n. 23.3).

3. Constitui pressuposto da admissibilidade da assistência, outrossim, que esteja pendente uma causa “em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição” (CPC, art. 50, par. ún.) (op. cit., n. 67.1).

Vale aqui anotar que, pela assistência, o terceiro a rigor *não se torna parte* no processo pendente, pois não formula pedido algum, nem pedido nenhum é contra ele formulado. É, isto sim, um *coadjuvante* do litigante a quem assiste.

O Código de Processo Civil, no entanto, considera-o “auxiliar da parte principal” (art. 52), e por isso vários autores impropriamente designam o assistente como *parte acessória*, ou *parte secundária*; tal asserto, diga-se, destoa do conceito de parte, no sentido de, quando *autor*, ser aquele *que em seu próprio nome deduz em juízo uma pretensão* e, quando *réu*, ser aquele *em face de quem essa pretensão é deduzida* (Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13. ed., Malheiros, n. 187; Chiovenda, *Instituições*, trad. port., Saraiya, vol. 2, n. 214; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. esp., Ejea, 1955, t. 1, n. 39, p. 211); ou seja, há “certo consenso em que a noção de parte assume pertinência exclusivamente processual. Ele é fornecido pela posição ativa ou passiva na relação processual” (Araken de Assis, *Cumulação de ações*, 4. ed., RT, 2002, p. 127).

4. Não é menos verdade, no entanto, que, em defendendo o interesse alheio, isto é, o interesse do assistido, o assistente indireta e mediatamente age com vistas a *defender um seu (invocado) direito*. É exatamente essa defesa mediata de um seu direito que lhe confere o interesse na intervenção.

Defendendo o interesse alheio, o assistente também *defende o seu próprio interesse*, pois sua situação, seu patrimônio material ou moral, é suscetível de ser influenciado, para melhor ou para pior, pela decisão.

5. No caso examinado, cuidava-se de um Sindicato, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes – Sindicom, que desejava atuar no *pólo passivo* da relação processual, em primeiro lugar em *substituição processual* de seus associados, tal como previsto pela 6.ª T. do E. STJ: “os sindicatos são substitutos processuais de seus associados, razão pela qual não necessitam de autorização desses últimos, nem de relacioná-los na inicial” (REsp 179.576, rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. de 13.10.1998, DJU 09.11.1998, p. 197).

Aliás, a querela sobre se um sindicato necessitaria de autorização de seus associados, para atuar em juízo em defesa destes, foi encerrado pelo STJ, em decisão de sua Corte Especial, no julgamento do RMS 4.256, relator o eminente Min. Sálvio de Figueiredo, constando da ementa que o Sindicato “não necessita de autorização expressa de seus filiados, pela assembléia geral, para a propositura de mandado de segurança coletivo, destinado à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, como entendem a melhor doutrina nacional e precedentes desta Corte e do STF” (ac. 18.12.1996, RSTJ 114/17); no mesmo sentido a Corte Especial no MS 4.001, rel. Min. Adhemar Maciel, ac. de 21.05.1997, RSTJ 99/24, e bem assim o Pretório Excelso no RE 212.707, rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJU 20.02.1998.

Se assim é com relação ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo, com maior razão no alusivo ao *minus*, à mera assistência em mandado de segurança individual.

6. Além disso, em segundo lugar, é possível argüir que o Sindicom atuará em *legitimação ordinária*, consoante preconiza a mais moderna orientação doutrinária. Ada Pellegrini Grinover, processualista sempre comprometida com a instituição de meios jurídicos eficientes para a defesa dos direitos e interesses coletivos, partilha dessa orientação, de que seria uma mera *legitimação ordinária*, a das entidades que agem “na defesa de interesses institucionais”, reportando-se a Vincenzo Vigoriti, Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe; será mister pois, caso a caso, apurar “se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo –, e neste caso a *legitimação* seria *ordinária*; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira *substituição processual*” (“Mandado de segurança coletivo – Legitimação, objeto e coisa julgada”, na coletânea *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, Saraiva, 1991, p. 286).

Ora, o Sindicom, ao pleitear sua admissão como assistente no pólo passivo, ou sua intervenção através eventual recurso de terceiro prejudicado, estará atuando na *tutela de seus objetivos institucionais*, que compreendem a defesa dos direitos e interesses de seus associados, altamente prejudicados com a concorrência predatória exercida pela empresa impetrante. O Sindicato age, assim, no *exercício de um poder-dever que lhe é atribuído pela ordem jurídica*.

7. Impende, outrossim, salientar que o Sindicato não pretende atuar em assistência litisconsorcial, porquanto não está em causa relação jurídica, ou direito, de que ele ou as empresas associados sejam “co-titulares”. A relação básica *deduzida em juízo* é de natureza tributária, vinculando a União e a empresa impetrante do *mandamus*, da mesma forma que, em casos análogos, idêntico fato gerador vincula as demais empresas revendedoras de combustíveis.

A hipótese será, pois, de *assistência simples*, eis que a decisão a ser proferida no mandado de segurança irá influir na esfera dos interesses das empresas revendedoras de petróleo suas filiadas, não apenas do ponto de vista patrimonial, pela diminuição de suas vendas a varejo e de seus lucros, como do ponto de vista jurídico, inclusive *concorrência predatória decorrente da “desigualdade fiscal”*.

8. Cassio Scarpinella Bueno, em magnífica obra sobre as decisões liminares na via do mandado de segurança, observa precisamente que o Código de Processo Civil, como regra geral, é “aplicável subsidiariamente, sempre, para todas as leis extravagantes, em que pese a aparente laconicidade do art. 19 da Lei 1.533/51, que faz menção, tão-somente, ao litisconsórcio” (*Liminar em mandado de segurança*, RT, 1998, p. 251).

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, no alusivo à intervenção de terceiro em processo de mandado de segurança, aponta distinção. No alusivo à nomeação à autoria, à denunciação da lide e ao chamamento ao processo, tem tais ins-

titutos como próprios do processo de conhecimento, considerando-os incabíveis em se tratando de tutela processualmente diferenciada. Já quanto à assistência, aponta a divisão da doutrina: “a corrente restritiva apóia-se no art. 19 da Lei 1.544/51, alegando que ali só há menção à figura do litisconsórcio”, norma esta que se poderia justificar não apenas pela singela interpretação gramatical, como porque a assistência seria “incompatível com a sumariedade que domina o processo do mandado de segurança, tanto quanto admite o incidente da alegação de falta de interesse do postulante”. A autora, no entanto, pondera que “a assistência simples é cabível no mandado de segurança quando o terceiro demonstrar seu interesse jurídico, ou seja, mostrar que a decisão poderá influir na sua esfera jurídica” (*Segurança individual e coletiva*, WVC Ed., São Paulo, 2002, p. 82).

9. Segundo Sérgio Ferraz, os argumentos contrários à assistência na via do mandado de segurança não procedem, “por isso que: I – muito mais que a assistência, o litisconsórcio, sim, é suscetível de dilatar o rito da ação, e nem assim foi aqui excluído; II – ademais disso, como realça o art. 50 do CPC, a assistência tem lugar em todos os tipos de procedimento e todos os graus de jurisdição – sem exceção. E por sobre tudo isso paira a moldura constitucional do mandado de segurança, que esteia sempre os parâmetros mais amplos, de realização dessa garantia fundamental” (*Mandado de segurança*, Malheiros, 1992, p. 64-65).

10. O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica, admitiu no processo do mandado de segurança não apenas o litisconsórcio como também a assistência:

“O litisconsórcio e a assistência são admitidos no mandado de segurança por expressa disposição da lei que o regulamenta (art. 19). Diante dessa possibilidade, caberá ao juiz verificar, preliminarmente, se ocorrem as hipóteses estabelecidas no Código de Processo Civil (arts. 46 a 55) para determinar, permitir ou negar o ingresso de terceiro no feito. Parecem-nos admissíveis também o litisconsórcio e a assistência no mandado de segurança coletivo, desde que a pretensão desses intervenientes coincida com a dos impetrantes originários.” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 14. ed. atual., Malheiros, 1992, p. 48.)

Em suma, a assistência é cabível no processo de mandado de segurança, ao qual o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente.

11. Neste sentido, com veemência sustenta Barbosa Moreira que o instituto “(...) não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes; é uma *ação*, uma espécie de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredar em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito.

Em outras palavras, sempre que não colidam com disposição particular da legislação extravagante, nem se revelem incompatíveis com a sistemática nesta consagrada, incidem aqui as regras gerais inscritas no Código de Processo Civil, onde se contêm os mencionados princípios e normas. Funciona o Código, por assim dizer, como reservatório a que *só não se recorrerá quando motivo imperioso, tirado da legislação extravagante, imponha atitude diversa*” (“Irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança”, *Temas de direito processual*, sexta série, Saraiva, 1997, p. 212-213 – grifamos.)

12. Em sede doutrinária o eminente Min. Eduardo Ribeiro (do STJ) afirmou, em sede doutrinária, que, sem invocação ao Código de Processo Civil, “não será sequer possível processar um mandado de segurança. A Lei 1.533/51 não cogita, por exemplo, da capacidade processual, dos procuradores, da competência, da forma, tempo e lugar dos atos processuais, das nulidades, dos requisitos da sentença, assim como de vários outros temas cuja regulamentação é indispensável para que se possa fazer um processo. E tem-se ainda aceito, sem maiores divergências, que aplicável o incidente de uniformização de jurisprudência e admissível a ação rescisória. A primeira, pertinente ao processo de julgamento de recursos. A segunda, meio de impugnação da sentença. Em verdade, aplicam-se supletivamente, sem discussão, numerosíssimas normas do Código, nenhuma delas mencionada na lei” (“Recursos em mandado de segurança”, coletânea *Mandados de segurança e de injunção*, Saraiva, 1990, p. 280).

É claro. Por exemplo: da sentença, diz a Lei 1.533/51, art. 12, caberá apelação. Qual o prazo para sua interposição? Não está na lei extravagante, não está nos “princípios gerais do processo civil”, aos quais alguns juristas por vezes se apegam. Está no Código. E qual o procedimento da apelação? Está no Código. E como se contam os prazos? Igualmente no Código.

13. Para Eduardo Arruda Alvim, “a idéia fundamental é a de que o CPC aplica-se subsidiariamente ao mandado de segurança sempre que essa aplicação subsidiária não colidir com a disciplina processual própria do writ” (*Mandado de segurança no direito tributário*, RT, 1998, p. 332).

Reporta-se, em nota de rodapé, ao escólio de Nelson Nery Jr., igualmente sustentando que “o argumento de que não há norma expressa na LMS determinando a aplicação subsidiária do CPC não é de se aceitar. É irrelevante e destituída de sentido científico e prático a locução final constante da maioria das leis brasileiras, mandando aplicar subsidiariamente este ou aquele diploma nos casos omissos. Isto porque a lei não precisa assim dispor, pois mesmo que nada dissesse, aplicar-se-ia subsidiariamente nos casos omissos o direito comum” (*Princípios de processo civil na Constituição Federal*, 2. ed., RT, 1995, p. 560).

Sob este diapasão decidiu o E. TRF da 1.^a Reg., no AgIn 01227037, relatora a então desembargadora federal (hoje eminente ministra do C. STJ) a Dra. Eliana Calmon (ac. de 14.08.1989, DJU 12.02.1990), sob a ementa seguinte: “Processo civil. *Assistência simples em ação de segurança*. 1. *Possibilidade da intervenção*, pela aplicação subsidiária do CPC na ação cível de rito especial. 2. O

simples interesse prático no deslinde da lide não autoriza a admissão de assistente. 3. Agravo improvido” (grifamos).

14. Aliás, ponderando que expressamente a Lei 1.533/51 admite o litisconsórcio, não esqueçamos de que ao *assistente litisconsorcial* é reconhecida a qualidade de “*litisconsorte da parte principal*” (CPC, art. 54). Em sendo aceita a assistência litisconsorcial, por que não a assistência simples, que aliás em nada prejudica ou empeça a marcha do processo?

Tem sido argüida – para negar a intervenção de assistente, a eventual demora no processamento da assistência, ante a faculdade de a parte questionar o “interesse jurídico” na intervenção do assistente (CPC, art. 51); no entanto, também é possível seja suscitada a mesma questão, e outras, no alusivo à intervenção de litisconsorte (máxime nos casos de *writ* contra ato jurisdicional...), o que não impediu a Lei 1.533/51 de prever, de modo expresse, a possibilidade de formação do litisconsórcio (art. 19).

15. Aliás, em aceitando a assistência – quer litisconsorcial como simples, no processo do mandado de segurança, estaremos em boa hora prestigiando a linha evolutiva histórica do instituto. Com efeito, já o diploma que nos inícios da República buscou especificamente assegurar a defesa dos interesses individuais face à Administração, a *Lei 221, de 20.11.1894*, em seu art. 13 dispunha que poderiam “tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse jurídico na decisão da causa”.

Recém instituído pela Constituição Federal de 1934 (art. 113, n. 33), a primeira lei regulamentadora do então novel instituto do mandado de segurança – a *Lei 191, de 16.01.1936*, art. 16, expressamente admitia a “intervenção de terceiro como assistente de qualquer das partes”. Themístocles Cavalcanti, em obra clássica, cita antigo aresto do STF, no MS 117, de que foi relator o grande Min. Costa Manso, favorável à intervenção de terceiro, na qualidade de assistente, na via do mandado de segurança (*Do mandado de segurança*, 3. ed., Saraiva, 1948).

16. Não há, destarte, *data venia*, como sustentar o entendimento de que a assistência seria instituto menos compatível com a natureza do mandado de segurança, prejudicando sua simplicidade procedimental. Ao contrário, sem prejuízo da desejável rapidez em sua tramitação, a aceitação da assistência virá, como o litisconsórcio, a ampliar a eficiência do *writ* como moderno instrumento de busca da Justiça.

A retomada da linha histórica ostenta-se, com freqüência, em plena consonância com os movimentos de reforma do processo civil, com repercussão em todo o direito ocidental, movimentos estes que, como sublinha mestre Mauro Cappelletti em renovada visão do processo, valorizam o tríptico predicado “justiça – efetividade – tempestividade”, afastando-se os excessos de árido conceptualismo.

17. Foi questionado, ainda, se subsidiariamente seria admissível à intervenção do Sindicom, no processo do mandado de segurança impetrado pela M.D.P. Ltda., na qualidade de *amicus curiae*.

A intervenção do *amicus curiae* (no dizer de Paolo Bianchi, *un'amicizia interessata*) passou a ser prevista, no direito positivo brasileiro, a partir da Lei 6.616, de 16.12.1978, a qual modificou a Lei 6.385/76 e admitiu a intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais devam ser apreciadas questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência fiscalizadora dessa autarquia federal.

A figura do *amicus curiae*, de emprego frequente no direito norte-americano (máxime após, no plano processual penal, o conhecido caso Gideon, em 1963, quando aceitos pela Suprema Corte dos USA nada menos de 22 *amici curiae*), veio a ser entre nós admitida, a teor do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, também nas ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, ou seja, nas ações de fiscalização normativa abstrata, “ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões”, no dizer do Min. Gilmar Mendes.

18. Igualmente será possível enquadrar, como intervenção atípica e a título de *amicus curiae*, aquela das pessoas jurídicas de direito público prevista no art. 5.º, par. ún., da Lei 9.469/97, norma pela qual é dispensada a comprovação do interesse jurídico da entidade de direito público que deseje intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, em seu patrimônio.

A intervenção do Sindicom como *amicus curiae*, inclusive ponderando que os sindicatos exercem funções de relevante interesse público (CF, art. 8.º, art. 74, § 2.º), virá ao encontro da tendência legal e doutrinária conducente à proteção dos interesses coletivos e dos socialmente relevantes através instrumentos processuais adequados e abertos a uma ampla participação das pessoas e entidades, vinculadas de alguma forma à solução da lide. Não há porque excluí-la nas ações de base constitucional.

Como disse o Min. Milton Luiz Pereira, embora o *amicus curiae* não seja titular da relação de direito material, sua participação ganhará mais relevo quando o *thema decidendum* da ação “tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado”, exigindo assim solução “cativa ao interesse público” (artigo “*Amicus curiae* – Intervenção de terceiros”).

19. *Conclusão*: embora forte corrente jurisprudencial ainda considere incabível qualquer modalidade de intervenção de terceiro na *ação de mandado de segurança*, as mais ponderáveis razões jurídicas e pragmáticas indicam, neste momento em que o Direito busca a *eficiência* no processo, capacitando-o à *justa resolução da lide com base em um contraditório amplo*, a necessidade de abandonar a orientação restritiva e, assim, *permitir que o terceiro interessado, máxime um Sindicato, possa intervir no processo do mandamus quer como assistente litisconsorcial, quer em assistência simples, quer, quiçá, se a demanda versar matéria de interesse público, na qualidade de amicus curiae*.

Porto Alegre, abril de 2003.